**CCE-DES-FM-17**

**DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS – Deber legal**

En materia de contratación pública, la regulación normativa ha dispuesto el deber de las entidades públicas de incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles involucrados en la contratación. Esto con el fin de administrarlos, controlarlos, gestionarlos, mitigarlos y efectuar una distribución proporcional entre las partes, «actividad que debe sujetarse a un criterio de justicia y equidad, al tiempo que corresponde ejercerse con apego a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado».

**AUDIENCIA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS – Marco normativo – Licitación pública**

Para el caso de la licitación pública, el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que las entidades estatales deberán señalar el momento en el que los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos, con el fin de establecer su distribución definitiva, lo cual se efectuará con anterioridad a la presentación de las ofertas. En igual sentido, el artículo 30 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 220 del Decreto 019 de 2012, establece la necesidad de que se revise en audiencia la asignación de riesgos previsibles, con el fin de establecer su estimación, tipificación y asignación definitiva.

El artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015 determinó que en la etapa de selección de la licitación hay dos audiencias públicas obligatorias: i) la de asignación de riesgos y ii) la de adjudicación. En relación con la primera, indicó que la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva.

**AUDIENCIA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS – Documento CONPES**

El artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 estableció, en el caso de la licitación pública, un espacio de diálogo para analizar y elaborar la propuesta definitiva de tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles, por medio de la realización de una audiencia especial, que deberá tener lugar con posterioridad al acto que ordena la apertura del proceso y de manera previa al inicio del plazo para la presentación de las respectivas ofertas.

**AUDIENCIA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS – Participación del proponente**

La participación en la audiencia de asignación de riesgos en los procesos de licitación pública es un derecho del futuro proponente, que puede o no ejercer. El efecto práctico de su inasistencia no es otro que la aceptación de los riesgos en la forma que lo haya establecido la entidad pública contratante.

Lo señalado significa que, si el futuro proponente no acude a la audiencia de asignación de riesgos y tampoco efectúa las observaciones respectivas durante la etapa establecida en el pliego de condiciones para tal efecto, se produce una aceptación de la forma en que los riesgos han sido estimados, tipificados y distribuidos a las partes, lo cual tendrá repercusión en todas las etapas del proceso de contratación.

**REQUISITOS HABILITANTES – Selección objetiva – Ley 1150 de 2007 – Carácter enunciativo**

Según el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, se considera «objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». En este contexto, para la participación en los procesos de selección las entidades públicas tendrán en cuenta, entre otros aspectos, los criterios habilitantes referidos a la capacidad jurídica, financiera, organizacional y de experiencia.

Los requisitos habilitantes mencionados en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 son enunciativos y no taxativos, puesto que, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, aplicable en materia de contratación pública, las entidades estatales pueden solicitar requisitos habilitantes adicionales o diferentes a los establecidos en dicha norma.

Bogotá D.C., **14/12/2020 Hora 17:48:25s**

**N° Radicado: 2202013000012004**

Señor

**OSCAR OVIDIO MUÑOZ CAMPO**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 725 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS – Deber legal / AUDIENCIA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS – Marco normativo- licitación pública/ AUDIENCIA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS – Documento Conpes – AUDIENCIA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS – participación del proponente/ REQUISITOS HABILITANTES – Selección objetiva – Artículo 5 – Ley 1150 – Carácter enunciativo |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta 4202013000009873 |
|  |  |

Estimado señor Muñoz:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 29 de octubre de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted formula las siguientes preguntas: «¿Es obligatoria la asistencia de los oferentes a las audiencias de Asignación de Riesgos y Aclaración de pliegos? ¿Se puede exigir como requisito para participar en un proceso de selección, la asistencia obligatoria de los oferentes a las audiencias de Asignación de Riesgos y Aclaración de pliegos?».

1. **Consideraciones.**

Para abordar los interrogantes planteados se analizarán los siguientes temas: i) la audiencia de asignación de riesgos en el marco de los procesos de selección de contratación pública y ii) los requisitos habilitantes para participación en los procesos de selección.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante los conceptos C-166 del 13 de abril de 2020, C-587 del 31 de agosto de 2020, C-614 del 16 de septiembre de 2020 y C-633 del 2 de octubre de 2020, se pronunció sobre la facultad de las entidades de exigir requisitos habilitantes. Las tesis expuestas en dichos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1. Audiencia de asignación de riesgos en el marco de los procesos de selección de contratación pública**

En materia de contratación pública, el marco normativo ha establecido el deber de las entidades públicas de incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles involucrados en la contratación. Esto, con el fin de administrarlos, controlarlos, gestionarlos, mitigarlos y efectuar una distribución proporcional entre las partes, «actividad que debe sujetarse a un criterio de justicia y equidad, al tiempo que corresponde ejercerse con apego a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado»[[1]](#footnote-1). La Ley 1150 de 2007, en su artículo 4, regula la materia y prescribe lo siguiente:

ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

De la lectura de este precepto se deduce que, en los procesos de selección, las entidades estatales deben incorporar en sus pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles. En lo concerniente a la licitación pública, además de lo anterior, se impone el deber a las entidades públicas de establecer un espacio para que los oferentes y la entidad revisen la asignación de los riesgos, con el fin de determinar su distribución definitiva, lo cual debe efectuarse con anterioridad a la presentación de las ofertas.

En igual sentido, el artículo 30 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 220 del Decreto 019 de 2012, indica que en los procesos de licitación pública se debe revisar en audiencia la asignación de riesgos previsibles, con el fin de establecer su estimación, tipificación y asignación definitiva. Al respecto, esta norma dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

4o. <Numeral modificado por el artículo 220 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso\* hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público.

El artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015 establece que los pliegos de condiciones deben contener, entre otros aspectos, «los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes». Así mismo, el artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015 fijó dos audiencias públicas obligatorias en la etapa de selección de la licitación pública: i) la de asignación de riesgos y ii) la de adjudicación. En relación con la primera, indicó que la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva[[2]](#footnote-2) y, en caso de ser necesario, debe precisar el alcance y contenido del pliego de condiciones.

Bajo estos parámetros normativos, es claro que la estimación, tipificación y asignación de los riesgos es un deber que les corresponde a las entidades públicas incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Su finalidad es determinar los riesgos previsibles que se pueden materializar en el proceso de selección y durante la ejecución del contrato, en aras de establecer cuál de las partes debe asumir cada riesgo conforme a su capacidad para soportarlo, gestionarlo y administrarlo.

La audiencia de asignación de riesgo no fue prevista para todos los procesos de selección, sino únicamente en la licitación pública, en la cual se torna obligatoria su realización. Su propósito es que los oferentes y la entidad revisen, en un espacio de diálogo, la asignación de los riesgos que previamente se han incluido en el pliego de condiciones. De esta manera, podrán identificar y valorar los riesgos previsibles del contrato, así como designar a la parte contractual que tendrá la responsabilidad de tomar las medidas para prevenir y mitigar el riesgo, con el fin de establecer su distribución definitiva.

Ahora bien, aunque la audiencia de asignación de riesgos es obligatoria en los procesos de licitación pública, lo cierto es que dicha obligatoriedad tiene que ver con la necesidad de realizarla por parte de la entidad pública, más no con la asistencia a la misma por parte de los futuros oferentes. Ello es así, por cuanto los preceptos normativos señalados nada establecieron sobre la obligación de asistir por parte de los eventuales interesados.

Lo expuesto encuentra sustento en el documento CONPES 3714 de 2011 que expidió el Gobierno Nacional en el Marco de la Política de Contratación Pública. En virtud de dicho documento, se establecen una serie de lineamientos básicos para el entendimiento del concepto de riesgo previsible respecto de las adquisiciones sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En particular, sobre la audiencia de asignación de riesgos, señala lo siguiente:

El artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 estableció, en el caso de la licitación pública, un espacio de diálogo para analizar y elaborar la propuesta definitiva de tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles, por medio de la realización de una audiencia especial, que deberá tener lugar con posterioridad al acto que ordena la apertura del proceso y de manera previa al inicio del plazo para la presentación de las respectivas ofertas.

Así, y en atención a la participación que se espera de los proponentes en los diversos espacios previstos en el procedimiento para tal efecto, el ejercicio definitivo de tipificación, estimación y asignación -con el cual se regirá el proceso contractual–, se encuentra en la práctica, elaborado en conjunto por las entidades contratantes y los oferentes. Suponiendo así que, la presentación de las ofertas implica la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles contenida en los Pliegos definitivos.

Por su parte, en las demás modalidades de selección diferentes a la licitación pública en los cuales no existe la obligación legal de celebrar ésta audiencia, las entidades podrán, en virtud de los principios de la Función Administrativa y aquellos contenidos en el EGCAP, tanto generar una audiencia especial para escuchar a los contratistas; como utilizar el mecanismo que consideren adecuado para que los interesados se pronuncien sobre el particular.

Del documento CONPES citado, llama la atención que se hace referencia a la «participación que se espera de los oferentes en los diversos espacios previstos en el procedimiento para tal efecto». En relación con este aspecto, es viable concluir que la asistencia a dicha audiencia es una potestad del proponente y no una obligación, puesto que alude al término *se* *espera,* el cualesindicativo deque la participación puede o no realizarse.

El Manual de Administración de Riesgos para el Proceso de Contratación expedido por Colombia Compra Eficiente reitera el deber aquí comentado. En efecto, dispone que la entidad estatal, en los procesos de licitación pública, deben adelantar una audiencia de asignación de riesgos, en la cual deben presentar el análisis de riesgos efectuado, la matriz incluida en los pliegos y revisar la asignación de los riesgos.

De acuerdo con la normativa que rige la materia y los lineamientos del Gobierno Nacional, cuando se trate de procesos de licitación pública, se concluye entonces que existe una obligación en cabeza de la entidad estatal de incluir un espacio de diálogo sobre los riesgos, que se desarrollará en audiencia especial. Con ello se busca que la entidad y los futuros proponentes, de manera conjunta, revisen la asignación de riesgos efectuada en los pliegos de condiciones. Por ello, la obligación que se asigna en esta materia recae en la entidad pública, dirigida a incluir dentro del pliego de condiciones un momento determinado para tratar el asunto.

Respecto del futuro proponente, en cambio, la audiencia de asignación de riesgos representa el derecho de discutir esa estimación, tipificación y distribución de los riesgos. De esta manera, los eventuales interesados podrán complementar o controvertir la información plasmada por la entidad, de acuerdo con sus conocimientos especiales sobre el objeto a contratar y su ejecución. Ello, sin perjuicio de las demás oportunidades establecidas en el pliego de condiciones para presentar observaciones al mismo.

Lo anterior obedece a que esta distribución de riesgos debe efectuarse con base en las reglas constitucionales y legales, es decir, debe estar sujeta a criterios de justicia y equidad, permitiendo a las partes su revisión conjunta, para que no se presenten arbitrariedades en su asignación. Sobre este punto, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

[…] desde antes de la expedición de la referida preceptiva, a la luz de los dictados de la Ley 80 de 1993, por vía de la interpretación a los alcances de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 24, se avizoraba que cualquier esquema de distribución de riesgos en el campo contractual del Estado debía contener previsiones y reglas justas, claras y objetivas que permitieran ofrecimientos de la misma índole. De igual forma, se habrían de definir con exactitud las condiciones de costo y calidad de los bienes necesarios para la ejecución del contrato, no se incluirían condiciones y exigencias de imposible cumplimiento y no se establecerían reglas que permitieran ofrecimientos de extensión ilimitada.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, tampoco resultaría ajustado a derecho atender a un sistema de distribución de riesgos cuya materialización se derivara directamente de la voluntad exclusiva de la entidad contratante y que tuviera la virtualidad de afectar la normal ejecución del contrato. Tal sería el caso de los supuestos de incumplimiento contractual o de la ocurrencia de circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato originadas en la actuación de la Administración contratante como se presentaría en los eventos del ejercicio del ius variandi o del hecho del príncipe[[3]](#footnote-3).

Así las cosas, la participación en la audiencia de asignación de riesgos en los procesos de licitación pública es un derecho del futuro proponente, que puede o no ejercer. El efecto práctico de su inasistencia no es otro que la aceptación de los riesgos en la forma que lo haya establecido la entidad pública contratante. Lo señalado significa que, si el futuro proponente no acude a la audiencia de asignación de riesgos y tampoco efectúa las observaciones respectivas durante la etapa establecida en el pliego de condiciones para tal efecto, se produce una aceptación de la forma en que los riesgos han sido estimados, tipificados y distribuidos a las partes, lo cual tendrá repercusión en todas las etapas del proceso de contratación. De ahí la importancia de que los posibles oferentes conozcan la distribución de los riesgos y puedan tener la oportunidad de revisarlos y objetarlos. En caso de que se concrete el riesgo, estos deberán asumirse de la manera en que fueron dispuestos y aceptados por las partes, sin mayor discusión. Así lo ha indicado el Consejo de Estado:

[…] si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada[[4]](#footnote-4).

Así las cosas, la asistencia a la audiencia de asignación de riesgos es un derecho del futuro proponente y no una obligación. Por tal motivo no puede ser una causal que implique el rechazo de la oferta o impida la presentación de la misma. Sin embargo, se reitera que la inasistencia a la audiencia implica la aceptación por parte del oferente de la forma en la que han sido estimados, tipificados y distribuidos los riesgos por parte de la entidad pública.

Finalmente, en lo que atañe a los demás procesos de selección diferentes de la licitación pública, la realización de la audiencia de asignación de riesgos no es obligatoria. No obstante, la entidad podrá determinar si se realiza y, en cualquier caso, siempre deberá atender y considerar las solicitudes que efectúen los futuros proponentes sobre la estimación, tipificación y distribución de los riesgos establecidos en los pliegos de condiciones.

**2.2. Requisitos habilitantes para la participación en los procesos de selección**

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se considera «objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». En este contexto, para la participación en los procesos de selección, las entidades públicas tendrán en cuenta, entre otros aspectos, los criterios habilitantes referidos a la capacidad jurídica, financiera, organizacional y de experiencia. El numeral primero de la norma en mención dispone:

Artículo 5. De la Selección Objetiva.

[…]

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

La Agencia Nacional de Contratación Pública elaboró el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación», en el cual se determinaron los parámetros para establecer, acreditar y subsanar dichos requisitos. En el Manual señalado se definieron los requisitos habilitantes como aquellas exigencias relacionadas con la aptitud del proponente para participar en un proceso de contratación como oferente. De igual forma, se indicó que su propósito es «establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación».

Así mismo, el Manual precisó el alcance y contenido de cada uno de ellos, como a continuación se expone brevemente:

La capacidad jurídica es la facultad que tiene una persona natural o jurídica o una forma asociativa para celebrar contratos con una entidad estatal. Ello supone, por un lado, la facultad para obligarse a cumplir el objeto del contrato y, por otro lado, no estar incurso en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del contrato. Respecto de las personas naturales, la capacidad jurídica se adquiere a partir de los 18 años, a menos que su capacidad haya sido expresamente limitada, como es el caso de la interdicción judicial. Por su parte, la capacidad de las personas jurídicas tiene que ver con la posibilidad de adelantar actividades relacionadas en su objeto social y las facultades de su representante legal, con las respectivas autorizaciones del órgano societario, si es necesario.

La experiencia es definida como «el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato». Debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor, es decir, tiene que ser afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar y tener relación con el alcance, la cuantía y complejidad del mismo. Igualmente, debe inscribirse, renovarse o actualizarse en el RUP, pues en dicho documento se verifica cuando este sea exigible.

Con la capacidad financiera se busca verificar que el proponente cuenta con indicadores financieros adecuados para el cumplimiento oportuno y cabal del objeto contractual. Esta capacidad se determina a través de índices de liquidez y de endeudamiento y la entidad estatal revisará la necesidad de solicitar indicadores adicionales en los casos en que, por las características del objeto a contratar, y la complejidad y naturaleza del mismo, amerite establecerlos. Para tales efectos, las entidades estatales no deben limitarse a determinar y aplicar de forma mecánica fórmulas financieras para determinar los indicadores.

La capacidad organizacional se refiere a «la aptitud de un proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato en función de su organización interna». Los indicadores de rentabilidad sobre patrimonio y rentabilidad sobre activos fueron establecidos por el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, con la finalidad de medir el rendimiento de las inversiones y la eficiencia en el uso de activos del interesado.

Para la determinación de los requisitos habilitantes, el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015 establece que la entidad estatal debe tener en cuenta el riesgo del proceso de contratación, el valor del contrato objeto del proceso de contratación, el análisis del sector económico respectivo y el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. En concordancia con lo anterior, en virtud del principio de transparencia contenido en la Ley 80 de 1993, las entidades estatales deben plasmar dentro de la estructuración de los pliegos de condiciones requisitos objetivos para participar en el proceso de contratación, indicando reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, garantizando la selección objetiva.

En este punto, vale la pena precisar que, como ya se ha reiterado por esta Subdirección[[5]](#footnote-5), los requisitos habilitantes mencionados en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 son enunciativos y no taxativos, pues con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, aplicable en materia de contratación pública, las entidades estatales pueden solicitar requisitos habilitantes adicionales o diferentes a los establecidos en dicha norma. De esta manera, las entidades son autónomas en la elaboración de sus procesos de contratación, y por consiguiente, son las responsables de determinar los requisitos que permitirán escoger la oferta más favorable.

No obstante, aunque gozan de un margen de discrecionalidad en la configuración de los pliegos de condiciones, es claro que los requisitos habitantes que soliciten deben enmarcarse dentro de los parámetros de los principios de planeación, selección objetiva y trasparencia, establecidos en la Ley y el Decreto 1082 de 2015.

En este sentido, corresponde a las entidades estatales establecer criterios objetivos, los cuales deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato a suscribir, atendiendo a su valor, complejidad, plazo y forma de pago, de manera que se asegure la escogencia objetiva de la propuesta más favorable. Ello es así, por cuanto «el ejercicio de la facultad de establecer los requisitos habilitantes no puede ejercerse de forma arbitraria, caprichosa y, mucho menos, con el ánimo de direccionar el proceso de contratación o favorecer a alguno de los proponentes, así como tampoco puede ejercerse desconociendo límites legales, por ejemplo, como el que estable el artículo 5, parágrafo 2, de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la prohibición de exigir certificaciones de sistemas de gestión de calidad como requisito habilitante»[[6]](#footnote-6).

Ahora bien, conforme a lo señalado anteriormente, es viable concluir que la asistencia a la audiencia de asignación de riesgos no es un criterio que pueda identificar las condiciones del proponente para ejecutar el contrato estatal. Estas condiciones están determinadas por los requisitos habilitantes que se soliciten en el marco de los procesos de selección.

En efecto, como se dijo en el acápite anterior, la finalidad de la audiencia de asignación de riesgos es revisar de manera conjunta, entre la entidad y los futuros oferentes, la tipificación, estimación y distribución de los riesgos previsibles del contrato a celebrar. En dicha audiencia no se acredita una condición particular del oferente, sino que se busca discutir sobre la forma en la que se han distribuido los riesgos. Tampoco podría afirmarse que mediante la asistencia a dicha audiencia se permitiría la escogencia de la oferta más favorable para la ejecución del contrato, pues esta no determina una característica especial que satisfaga la necesidad del adquiriente.

En esta medida, el establecimiento de la asistencia a la audiencia de asignación de riesgos como un requisito obligatorio para participar en el proceso de contratación, desconocería los principios de selección objetiva y transparencia a los que deben ceñirse las entidades públicas en la estructuración de los requisitos habilitantes de los pliegos de condiciones.

**3. Respuestas**

«¿Es obligatoria la asistencia de los oferentes a las audiencias de Asignación de Riesgos y Aclaración de pliegos?»

De conformidad con la normativa que rige la materia, le corresponde a la entidad pública efectuar un ejercicio minucioso de estimación, tipificación y estimación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En el caso de la licitación, es obligatoria la realización de una audiencia de asignación de riesgos, con anterioridad a la presentación de las ofertas. En dicha audiencia se revisará la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva. Sin embargo, la Ley no establece la obligatoriedad de la asistencia por parte de los posibles oferentes, motivo por el cual la participación de aquellos se torna potestativa y no obligatoria.

En todo caso, se aclara que, en el evento en que el futuro proponente no asista a la audiencia de asignación de riesgos en los procesos de licitación pública, ni efectúe observaciones dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones, se considera que hay una aceptación de los riesgos en la forma que lo haya definido la entidad pública, sin que posteriormente haya lugar a reclamación sobre los puntos allí contemplados.

«¿Se puede exigir como requisito para participar en un proceso de selección, la asistencia obligatoria de los oferentes a las audiencias de Asignación de Riesgos y Aclaración de pliegos?».

En la estructuración de los procesos de selección, las entidades públicas deben establecer requisitos habilitantes y de calificación que garanticen la selección objetiva y la escogencia del oferente con la mejor propuesta, según lo establecido en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015. En tal sentido, no pueden estipular requisitos para participar en un proceso de selección que no atienda el cumplimiento de los principios de selección objetiva y de transparencia exigidos por la normativa. Tampoco pueden prever o incluir causales de exclusión o de rechazo de las ofertas que no correspondan a previsiones previamente consagradas en la Ley, como lo es la asistencia obligatoria a la audiencia de asignación de riesgos, respecto de la cual la norma no establece tal obligatoriedad.

Se recuerda que los requisitos habilitantes tienen como fin primordial medir la aptitud y las condiciones del proponente para ejecutar el contrato estatal. En consecuencia, esa facultad de estructuración de los pliegos de condiciones con la que cuentan las entidades públicas debe ejercerse de forma adecuada y proporcional, lo que implica la necesidad de considerar la naturaleza, el valor del contrato, la forma de pago, el plazo y la complejidad de ejecución del objeto, aspectos estos que no se relacionan con la obligación de asistir a la audiencia de asignación de riesgos.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Guillermo Escolar Flórez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de marzo de 2017. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico. Exp.51526 [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 2.2.1.2.1.1.2. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos.

   En la audiencia de asignación de Riesgos, la Entidad Estatal debe presentar el análisis de Riesgos efectuado y hacer la asignación de Riesgos definitiva. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 23 de marzo de 2017. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico. Exp.51526 [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibídem [↑](#footnote-ref-4)
5. Para tal efecto, es posible remitirse a los conceptos C-614 y C-633 de 2020. [↑](#footnote-ref-5)
6. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-614 de 2020. [↑](#footnote-ref-6)